

fls.

Processo:0300947-90.2011.8.19.0001

Classe/Assunto: Ação Civil Pública - Revisão de Contrato E/ou Interpretação (Cdc)

Autor: MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Réu: BANCO CITIBANK S A

Sentença

Trata-se de ação civil pública de cunho consumerista (com pedido de antecipação dos efeitos da tutela) ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO em face de BANCO CITIBANK S.A., em que aquele postula o seguinte:

(a) seja condenada a parte ré na obrigação de não fazer, consistente em abster-se de adotar a prática de cobrança de tarifa para envio de extrato unificado em todo o território nacional, sob pena de incidência de multa diária no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), sem prejuízo de adoção de outras medidas coercitivas que se façam necessárias para garantir o cumprimento específico da obrigação, antecipando-se a tutela deste pedido sem a oitiva da parte ré;

(b) sejam declaradas nulas, em todo território nacional, as cláusulas dos contratos celebrados pela parte ré que versem sobre o pagamento irrestrito, pelos consumidores, dos serviços bancários prestados pela ré, especialmente em relação ao envio de extrato bancário unificado, antecipando-se a tutela deste pedido sem a oitiva da parte ré;

(c) seja condenada a parte ré à obrigação de fazer, consistente em enviar mensalmente e gratuitamente a todos os seus clientes o extrato bancário unificado, antecipando-se a tutela deste pedido sem a oitiva da parte ré;

(d) seja a demandada condenada na obrigação de fazer, consistente em restituir em dobro ao consumidor os valores indevidamente pagos a título de tarifa para envio de extrato unificado, na forma do art. 42, parágrafo único, do CDC, em todo território nacional;

(e) seja a parte ré condenada a indenizar, da forma mais ampla e completa possível, os danos materiais e morais causados aos consumidores individualmente considerados, em decorrência da cobrança indevida da tarifa de extrato unificado; e

(f) condenação da parte ré a reparar os danos materiais e morais causados aos consumidores, considerados em sentido coletivo, no valor mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), corrigidos e acrescidos de juros, revertendo-se este valor para o Fundo previsto no artigo 13 da Lei 7.347/85 ("LACP").

Acompanha a exordial o Inquérito Civil n. 1481/10 em apenso aos autos principais.

Os pedidos liminares (itens 1. "a", "b" e "c" supra) foram deferidos por este juízo em decisão de fls. 36/39.

A parte ré, devidamente citada (certidão de fls. 53V), às fls. 54/76 interpôs agravo de instrumento contra a decisão que deferiu os pedidos liminares, postulando pela reforma da r. decisão, bem como pelo efeito suspensivo.

Acompanha o recurso os documentos de fls. 43/53 e 78/150.

Em ofício de n. 273/11 de fls. 151 a Secretaria da 19ª Câmara Cível solicitou este juízo que prestasse informações, inclusive em relação ao cumprimento do art. 526 do CPC, bem como comunicou que foi deferido o efeito suspensivo.

O presente juízo, por meio do Ofício n. 57/2011 - GAB de fls. 156/157, prestou as informações requeridas e manteve a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

Em contestação (fls. 162/189) a parte ré alegou que não obstante a pretensão do MP ter sido formulada contra a instituição financeira ré, na verdade a pretensão se insurge contra disposição da Resolução n. 3.919/2010 do Banco Central do Brasil ("BACEN"), que (i) admite a cobrança do extrato unificado mensal; e (ii) desobrigou os bancos a enviarem, por correio, extrato bancário unificado. Dessa forma, postula o seguinte:

(a) citação do BACEN para integrar o polo passivo da demanda com a consequente remessa dos autos para a Justiça Federal;

(b) alternativamente, pela extinção do processo sem a resolução do mérito (art. 267, VI, do CPC) por falta de interesse do demandante, eis que a presente demanda se volta contra um modelo de contrato de abertura de conta corrente que não é mais utilizado pela parte ré, de modo que o pedido de declaração de nulidade de cláusula contratual estaria prejudicado; e

(c) alternativamente, em hipótese de eventual sentença condenatória, que os efeitos estejam limitados ao Estado do Rio de Janeiro, nos termos do art. 16 da LACP, alcançando apenas os clientes da ré que mantenham conta corrente neste Estado.

Às fls. 250/289 o MP em réplica reiterou integralmente os argumentos expedidos à inicial e requereu a rejeição de todas as questões preliminares arguidas pela ré em sede de contestação, bem como julgamento antecipado da lide com o julgamento procedente de todos os pedidos constantes na inicial.

Foi designada Audiência de Conciliação (fls. 290). MP se manifestou às fls. 291 requerendo a juntada de minuta de Termo de Ajustamento de Conduta, protestando pela intimação da parte ré para tomar ciência da r. minuta para fins de eventual solução negociada.

A parte ré às fls. 296/297 solicitou adiamento da Audiência de Conciliação a fim de formular eventual contraproposta e submetê-la ao MP.

Em despacho de fls. 299 foi deferido o sobrestamento do feito por 30 dias, determinando-se que uma vez decorridos voltassem os autos conclusos ao juízo. Con-forme certidão de fls. 300 o prazo transcorreu sem manifestação das partes. Autos re-metidos ao MP, este reiterou a inicial e réplica, pugnando pela procedência dos pedidos (fls. 301).

É o relatório, decido.

Inicialmente, passo a apreciar as preliminares suscitadas pela defesa.

Rejeito a preliminar de incompetência da Justiça Estadual sob o fundamento da necessidade do deslocamento do feito para a Justiça Federal ((art. 109, I, "a", CRFB/88) em razão da inclusão do BACEN no polo passivo da demanda. Sobre o tema, cabe salientar que os pedidos da parte autora se referem exclusivamente à parte ré, uma vez que cingem na cobrança da tarifa por envio de extrato unificado e não na norma abstrata que permite tal conduta, não repercutindo, portanto, na esfera jurídica do BACEN. Dessa forma, a competência para a presente demanda deve permanecer perante a Justiça Estadual. Em consonância com o entendimento ora expressado segue jurisprudência do STJ:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - LITISCONSÓRCIO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA
CONTRA AUMENTO DE TARIFA TELEFÔNICA - INTERVENÇÃO DA ANATEL.

1. Na relação de direito material, a empresa prestadora de serviço relaciona-se com a agência reguladora e uma outra relação trava-se entre a prestadora de serviço e os consumidores.

2. No conflito gerado na relação entre as prestadoras do serviço e os consumidores, não há nenhum interesse da agência reguladora, senão um interesse prático que não a qualifica como litisconsorte necessária.

3. Inexistindo litisconsórcio necessário, não há deslocamento da ação para a Justiça Federal.

4. Recurso especial improvido.

(REsp 431606 SP 2002/0049291-7, Ministra ELIANA CALMON, 14/08/2002, T2 - SEGUNDA TURMA, DJ 30.09.2002 p. 249) (grifos nossos)

Com relação a preliminar de falta de interesse de agir arguída pela ré sob o fundamento que em virtude da presente demanda se voltar contra um modelo de contrato de abertura de conta corrente que não é mais utilizado, estaria configurada a perda superveniente do objeto da demanda, restando esta prejudicada pela ausência do interesse de agir, que é um requisito do provimento final. Portanto, deveria haver a extinção do processo sem resolução do mérito à luz do art. 267, VI, do CPC.

O entendimento não deve prosperar.

Isso porque, os pedidos do autor, indicados no item 1. "a" e "b" acima, circunscrevem-se, respectivamente, à (i) cobrança, em si, de tarifa bancária para envio de extrato bancário unificado, independentemente se os consumidores podem optar por esse serviço ou não, já que teriam o direito de receber tais informações; e (ii) nulidade das cláusulas, de forma genérica, visto que não há referência a um contrato específico, mas ao conteúdo das cláusulas de contratos celebrados pela parte ré.

Observe-se que o autor formulou pedido de devolução em dobro das quantias pagas, fato que prejudica a extinção do processo sem exame do mérito.

Quanto à prescrição, desacolho-a porquanto não há nos autos qualquer comprovação de que a lesão ocorreu em prazo superior a cinco anos, conforme jurisprudência pacífica do STJ, previsto no microsistema do processo coletivo.

Superadas as questões preliminares suscitadas, deve-se analisar o mérito da demanda.

No que concerne à cobrança de tarifa referente ao fornecimento do extrato unificado, mesmo que amparada por resolução do BACEN, é patente a violação à legislação consumerista uma vez que aquela é uma norma secundária (se destina a regulamentar ou especificar aspectos da lei) enquanto esta última é uma norma primária, que tem fundamento de validade diretamente na Constituição (arts. 5º, XXXII e 24, VIII, da CRFB/88), conforme classificação adotada por Barroso. Dessa forma, a norma primária está em um plano hierárquico superior à norma secundária, de forma que a Resolução n. 3.919/2010 do BACEN - ao menos em relação ao dispositivo que admite a cobrança do extrato unificado mensal - é ilegal, por contrariar a vedação de transferência ao consumidor dos custos do serviço (art. 51, XII, do CDC), bem como por não observar o direito do consumidor à informação, esculpido no art. 6º do CDC. Dessa forma, as cláusulas dos contratos celebrados pela instituição financeira ré que condicionem

a disponibilização do extrato bancário unificado à cobrança de tarifa serão nulas, por violar os artigos supracitados.

Em relação ao meio de disponibilização do extrato bancário, dispõe a Tabela I "Padronização dos Serviços Prioritários - Pessoa Natural" da Resolução n. 3.919/10 que é exigido o fornecimento do extrato bancário por atendimento eletrônico automatizado, guichê de caixa, atendimento telefônico e outros, mas não menciona o envio gratuito pelo correio. Dessa forma, fica evidente que apenas aqueles clientes que possuam acesso aos meios eletrônicos e/ou disponibilidade para se dirigir a uma agência bancária obterão seus extratos, enquanto aqueles privados de tais possibilidades só terão uma opção, qual seja, sujeitar-se à cobrança da tarifa do extrato unificado, mais especificamente, terão que pagar por um direito que lhes é assegurado. Diante da con-sequente desigualdade decorrente dos meios utilizados pela ré para permitir o acesso ao extrato bancário, deve incidir no caso em tela o princípio da isonomia, de modo a reestabelecer a igualdade entre os consumidores a partir do fornecimento gratuito, via correio, do extrato unificado, assegurando a plenitude do direito à informação (art. 6º, III, do CDC). Acerca dessa leitura de expansão do Direito Constitucional sobre o Direito Privado, fenômeno do Direito contemporâneo, ensina o ilustre jurista Luís Roberto Barroso que "os princípios constitucionais passam a condicionar a própria leitura e interpretação dos institutos de direito privado (...) A Constituição já não é o documento maior do direito público, mas o centro de todo o sistema jurídico, irradiando valores e conferindo-lhe unidade".

É verdade que em respeito à sustentabilidade, não se deve prestigiar o envio de documentos físicos, bastando que se dê conhecimento dos extratos através dos meios eletrônicos existentes.

Contudo, não é menos verdade que nem todos tem acesso à rede de computadores, lembrando que em nosso país, de dimensão continental, ainda se percebe que em diversas localidades o uso da informática é um sonho.

Assim, não se deve restringir o envio de papel a quem necessita, mas sim estimular o consumidor a se manifestar pela desnecessidade do envio da mensagem através do meio físico. Talvez, no futuro, que esperamos seja breve, com todos tendo o direito de acesso aos meios eletrônicos, não seja mais necessário a remessa física do papel, o que ainda é necessário. Repita-se, em nome da sustentabilidade, o réu deverá oferecer a opção de exclusão do papel e o consumidor é quem deverá decidir.

Em contrapartida, no que concerne à repetição do indébito (art. 42, parágrafo único, do CDC), os danos patrimoniais e danos morais coletivos (art. 6º, VI e VII do CDC e art. 1º, II da LACP), os mesmos devem ser sopesados em consideração à presunção de legalidade e legitimidade dos atos administrativos. A presunção de legitimidade é a qualidade que reveste os atos de se presumirem verdadeiros e conforme o Direito, já a presunção de legalidade diz respeito a conformidade do ato com a lei. Sobre o tema é elucidativo o entendimento da Corte Superior:

(...) são atributos do ato administrativo a presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e exequibilidade. Cabe a sua invalidação à Administração Pública ou ao Judiciário, portanto o particular deve obediência até que seja reconhecida a nulidade do ato impugnado. (HC 189.885-RJ, Rel. para acórdão Min. Og Fernandes, julgado em 4/8/2011.)

Dessa forma, em que pese restar configurada ofensa à direitos consumeristas, devendo as cláusulas abusivas serem consideradas nulas, não obstante, à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade não seria módico olvidar-se de que a conduta da ré estava consubstanciada em resolução do BACEN, que goza de presunção de validade iuris tantum, sendo plausível, portanto, que a ré obedecesse a resolução até que fosse reconhecida sua nulidade. Neste sentido, presume-se que a boa fé da ré, uma vez que agiu em consonância com a resolução, fato que deve ser considerado e ponderado por este juízo no que concerne aos pedidos de dano patrimonial. Tais ponderações parecem refletir o posicionamento do C. STJ na aferição do dano moral coletivo:

RECURSO ESPECIAL - DANO MORAL COLETIVO - CABIMENTO - ARTIGO 6º, VI, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - REQUISITOS - RAZOÁVEL SIGNIFICÂNCIA E REPULSA SOCIAL - OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE - CONSUMIDORES COM DIFICULDADE DE LOCOMOÇÃO - EXIGÊNCIA DE SUBIR LANCES DE ESCADAS PARA ATENDIMENTO - MEDIDA DESPROPORCIONAL E DESGASTANTE - INDENIZAÇÃO - FIXAÇÃO PROPORCIONAL - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I - A dicção do artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor é clara ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente.

II - Todavia, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. Ocorrência, na espécie.

III - Não é razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade, seja por deficiência física, ou por causa transitória, à situação desgastante de subir lances de escadas, exatos 23 degraus, em agência bancária que possui plena capacidade e condições de propiciar melhor forma de atendimento a tais consumidores.

IV - Indenização moral coletiva fixada de forma proporcional e razoável ao dano, no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

V - Impõe-se reconhecer que não se admite recurso especial pela alínea c quando ausente a demonstração, pelo recorrente, das circunstâncias que identifiquem os casos confrontados.

VI - Recurso especial improvido.

(REsp 1.221.756-RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 2/2/2012.)(grifos nossos).

No tocante à repetição de indébito, segue pronunciamento do STJ que confirma o que foi dito a respeito da análise das circunstâncias de fato que originaram a cobrança indevida:

(...) era caso de se negar seguimento ao REsp, visto que somente se justifica a aplicação do parágrafo único do art. 42 da Lei n. 8.078/1990, quando ocorre erro injustificável do prestador de serviços, na cobrança dos débitos. No caso dos autos, não foi comprovada a ocorrência de erro injustificável do prestador do serviço público, uma vez que a questão referente ao enquadramento de imóveis comerciais do chamado "regime de economias" ensejou a aplicação de interpretações divergentes dos dispositivos do Dec. estadual n. 21.123/1983. Dessarte, não há falar em erro injustificável se a cobrança resulta da adesão do Poder Público à jurisprudência dos tribunais, ainda mais quando submetida à controvérsia, hipótese que em nada se identifica com a ocorrência de fato de terceiro ou a ausência de cautela. Por isso, a Turma negou provimento ao agravo. Precedentes citados: REsp 528.186-RS, DJ 22/3/2004; REsp 606.360-PR, DJ 1º/2/2006; REsp 710.183-PR, DJ 2/5/2006; AgRg no REsp 932.894-RS, DJe 13/10/2008; REsp 756.973-RS, DJ 16/4/2007; REsp 895.366-RS, DJ 7/5/2007, e REsp 1.090.398-RS, DJe 11/2/2009. (AgRg no REsp 1.155.827-SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 22/6/2010.)(grifos nossos)

Dessa forma, o pagamento em dobro deve ser afastado tendo em vista que houve um erro justificável, visto que respaldado em ato da Administração Pública Indireta, que possui presunção de legalidade e legitimidade, devendo ser restituído apenas o quantum pago indevidamente nos últimos cinco anos.

Por fim, com relação à abrangência territorial da Ação Civil Pública, conforme se manifestou este juízo às fls. 36/39, tratando-se de ação ajuizada pelo Ministério Público em que é visada a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos dos consumidores, cujo dano alegado é de caráter nacional, incide a regra da competência concorrente entre o foro da Capital do Estado e do Distrito Federal, disposta no art. 93, II, do CDC. Não há limitação dos efeitos da decisão que vier ser proferida nas ações coletivas em que é buscada a tutela a direito do consumidor ao estreito âmbito da competência territorial dos

respectivos juízos prolatores, o que afrontaria ao princípio de facilitação de defesa do consumidor, além de haver disposição específica do assunto no art. 103 da legislação especial consumerista, cuja vigência não poderá ser negada, mormente tendo em vista o disposto no art. 90 do mesmo Estatuto, que deverá sempre ser interpretado em conjunto com art. 16 da LACP. Ademais, no caso específico de tutela coletiva de direito individual homogêneo, pelo fato da inteira dissociação das redações dos arts. 16 da LACP e do inc. III do citado art. 103 do CDC, afasta-se, inclusive, a incidência daquele dispositivo, e, por conseguinte, da restrição nele contida, já que não se trata especificamente da matéria referente àquela modalidade de direito.

ISSO POSTO, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido nos termos do art. 103, III do CDC para confirmar os termos da tutela deferida a fls. 36/39 e determinar o seguinte:

(i) condenar o BANCO CITIBANK S.A. na obrigação de não fazer, consistente em abster-se de adotar a prática de cobrança de tarifa para envio de extrato unificado em todo o território nacional, sob pena de incidência de multa diária no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais);

(ii) declarar nulas, em todo território nacional, as cláusulas de quaisquer contratos celebrados pelo BANCO CITIBANK S.A. que versem sobre o pagamento, pelos consumidores, do envio de extrato bancário unificado;

(iii) condenar o BANCO CITIBANK S.A. à obrigação de fazer, consistente em enviar mensalmente e gratuitamente a todos os seus clientes o extrato bancário unificado, salvo se estes expressamente renunciarem tal direito;

(iv) condenar o BANCO CITIBANK S.A. na obrigação de fazer, consistente em restituir ao consumidor os valores indevidamente pagos a título de tarifa para envio de extrato unificado dos últimos 5 (cinco) anos, em todo território nacional, de forma atualizada.

Cabe salientar que a reparação dos danos materiais suportados pelos consumidores que necessitem, para sua exata quantificação, da comprovação do prejuízo experimentado, deve ser feito através da competente liquidação de sentença, momento no qual, comparecerão os consumidores lesados buscando, caso a caso, o ressarcimento de seus prejuízos, provando o fato gerador de seu direito.

Esclareço, ainda, que em respeito à facilitação do acesso à justiça, as execuções individuais poderão ser ajuizadas na Comarca do domicílio de cada autor, bastando, para tanto, a juntada de cópia da presente decisão, conforme a posição jurisprudencial retratada no aresto Resp. 1243887 e 1247150.

Por fim, considerando que o autor sucumbiu em parte mínima do pedido condeno a ré ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios que ora arbitro 10% (dez) por cento do valor atribuído à causa, com apoio no § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil, em favor do Fundo Especial do Ministério Público.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 29/06/2012.

Luiz Roberto Ayoub - Juiz em Exercício

Estado do Rio de Janeiro Poder Judiciário
Tribunal de Justiça
Comarca da Capital
Cartório da 2ª Vara Empresarial
Av. Erasmo Braga, 115 Lam Central 707CEP: 20020-903 - Centro - Rio de Janeiro - RJ Tel.: 3133-3604 e-mail:
cap02vemp@tjrj.jus.br

